

La tutela della concorrenza tra imprese controllate o collegate e partecipanti alla medesima gara di appalto dopo la sentenza *Assitur* (*)

SOMMARIO: 1. INTRODUZIONE. – 2. LA NORMATIVA DI RIFERIMENTO: L'ART. 29, PRIMO COMMA, DELLA DIRETTIVA DEL CONSIGLIO 18 GIUGNO 1992, 92/50/CEE E L'ART. 34, ULTIMO COMMA, D.LGS. 12 APRILE 2006, N. 163. – 3. L'ORIENTAMENTO DELLA GIURISPRUDENZA AMMINISTRATIVA: A) PRIMA DELL'ENTRATA IN VIGORE DEL CODICE DEGLI APPALTI: L'IPOTESI DEL COLLEGAMENTO SOSTANZIALE; B) ...E DOPO LA SUA ENTRATA IN VIGORE: IL COLLEGAMENTO SOSTANZIALE E IL COLLEGAMENTO PRESUNTO. – 4. LA QUESTIONE PREGIUDIZIALE SOLLEVATA DAL T.A.R. LOMBARDIA, 14 NOVEMBRE 2007 E LA SENTENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA EUROPEA, SEZ. IV, 19 MAGGIO 2009, C-538/07, *ASSITUR*: IL DIVIETO DI ESCLUSIONE AUTOMATICA. – 5. L'ART. 3, D.L. 25 SETTEMBRE 2009, N. 135: L'ATTIVAZIONE DI UN *SUB*-PROCEDIMENTO ISTRUTTORIO. I NODI IRRISOLTI.

di VALERIO TALLINI¹

1. Introduzione

La Corte di Giustizia Europea nella sentenza *Assitur* (C-538/07 del 19 maggio 2009) ha stabilito che "l'art. 29, primo comma, della direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (*infra* n. 2), deve essere interpretato nel senso che esso non osta a che uno Stato membro, in aggiunta alle cause di esclusione contemplate da tale disposizione, preveda ulteriori cause di esclusione finalizzate a garantire il rispetto dei principi di parità di trattamento e di trasparenza, a condizione che tali misure non eccedano quanto necessario per conseguire la suddetta finalità"; aggiungendo tuttavia che "il diritto comunitario osta ad una disposizione nazionale che, pur perseguendo gli obiettivi legittimi di parità di trattamento degli offerenti e di trasparenza nell'ambito delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, stabilisca un divieto assoluto, a carico di imprese tra le quali sussista un rapporto di controllo o che siano tra loro collegate, di partecipare in modo simultaneo e concorrente

(*) La presente ricerca costituisce una breve sintesi della tesi del *master* di II° livello in "Giurista europeo", frequentato dall'A. presso l'Università degli studi Roma Tre. La partecipazione al predetto *master* è derivata dal fatto che a seguito di un pubblico concorso bandito dalla Regione Lazio (B.U.R. Lazio 10/12/2004), l'A. è risultato vincitore di una borsa di studio per la partecipazione ad un *master* in materie comunitarie, il cui lavoro finale è stato consegnato alla società Sviluppo Lazio S.p.a., erogatrice della borsa.

¹ Assegnista di ricerca in diritto costituzionale nella facoltà di giurisprudenza dell'Università LUISS Guido Carli di Roma.

ad una medesima gara d'appalto, senza lasciare loro la possibilità di dimostrare che il rapporto suddetto non ha influito sul loro rispettivo comportamento nell'ambito di tale gara²”.

In buona sostanza, è incompatibile con il diritto comunitario e, segnatamente, viola il principio di libera concorrenza una normativa nazionale (nella specie, si trattava di una legge italiana) laddove non permetta alle società aventi tra loro un rapporto di controllo o d'influenza notevole di partecipare a una medesima procedura di aggiudicazione.

Le puntuali indicazioni della Corte di Giustizia sono state recepite anche dal legislatore: invero, l'art. 3, comma 3, d.l. 25 settembre 2009, n. 135 ha abrogato l'ultimo comma dell'art. 34, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici relativo a lavori, servizi e forniture), in virtù del quale non potevano partecipare alla medesima gara concorrenti allorché si trovassero fra di loro in una delle situazioni di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile (su cui si v. *infra* n. 2).

Tuttavia, per comprendere a pieno la portata della sentenza giova dapprima soffermarsi sul contesto normativo (nazionale e comunitario) di riferimento.

2. La normativa di riferimento: l'art. 29, primo comma, della direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE e l'art. 34, ultimo comma, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163

La disposizione oggetto della sentenza *Assitur* è l'art. 29 della direttiva 92/50/CEE³, in virtù del quale "può venir escluso dalla partecipazione ad un appalto qualunque prestatore di servizi il quale: *a*) sia in stato di fallimento, di liquidazione, di amministrazione controllata, di concordato preventivo, di sospensione dell'attività commerciale o si trovi in qualsiasi altra situazione analoga derivante da una procedura simile prevista dalle leggi e dai regolamenti nazionali; *b*) sia oggetto di procedimenti di dichiarazione di fallimento, di liquidazione coatta o di amministrazione controllata, di un concordato preventivo oppure di qualunque altro procedimento simile previsto dalle leggi o dai regolamenti nazionali; *c*) sia stato condannato per un reato relativo alla condotta professionale di prestatore di servizi, con sentenza passata in giudicato; *d*) si sia reso responsabile di gravi violazioni

² In tal senso Corte di Giustizia Europea, sez. IV, 19 maggio 2009, C-538/07, *Assitur*, *P.Q.M.*, in *Urb. app.*, 2009, p. 1063 ss., con nota di F. LEGGIADRO, *L'impresa controllante e l'impresa controllata possono partecipare alla stessa gara*.

³ Tra i primi commenti a questa direttiva si v. G. MARTINI, *La direttiva 92/50 CEE del 18 giugno 1992 sugli appalti pubblici di servizi. Prime valutazioni nel quadro degli istituti introdotti dalla normativa comunitaria*, in *Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, 1993, p. 400 ss.; M. FAMIGLIETTI, *Gli appalti pubblici nella normativa comunitaria*, *ivi*, 1993, p. 2099 ss.; L. BELARDINELLI, *Considerazioni sull'appalto pubblico di servizi alla luce della direttiva CEE 92/50*, in *Giur. mer.*, 1994, p. 174 ss.; F. LAURIA, *La mancata attuazione della direttiva 92/50 sugli appalti di servizi: un caso di non applicazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1995, p. 579 ss.; L. RIGHI, *Prime note sul decreto di attuazione della direttiva 92/50/CEE in materia di appalti pubblici di servizi*, *ivi*, 1995, p. 875 ss.

dei doveri professionali, provate con qualsiasi elemento documentabile dall'amministrazione; e) non abbia adempiuto obblighi riguardanti il pagamento dei contributi di sicurezza sociale conformemente alle disposizioni legislative del paese in cui è stabilito o di quello dell'amministrazione⁴; f) non abbia adempiuto obblighi tributari conformemente alle disposizioni legislative del paese dell'amministrazione⁵; g) si sia reso colpevole di gravi inesattezze nel fornire le informazioni esigibili in applicazione del presente capitolo o non abbia fornito dette informazioni".

Come noto, la direttiva in esame è stata trasposta nel diritto italiano attraverso il d.lgs. 17 marzo 1995, n. 157⁶, il quale, tuttavia, non prevedeva un divieto di partecipazione a una medesima procedura di aggiudicazione di appalto pubblico "di servizi" a carico di imprese tra le quali esistevano rapporti di controllo o che fossero tra esse collegate.

Viceversa, un simile divieto di partecipazione era sancito in materia di appalti pubblici "di lavori": in proposito, l'art. 10, comma 1-bis, l. 11 febbraio 1994, n. 109 (Legge quadro in materia di

⁴ In argomento si v. Corte di Giustizia Europea, sez. I, 9 febbraio 2006, C-226/04 e C-228/04, *La Cascina*, in *Urb. app.*, 2006, p. 540 ss., secondo cui "l'art. 29, comma 1, lett. e) e f), della Direttiva del Consiglio n. 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, non si oppone ad una normativa o ad una prassi amministrativa nazionali in base alle quali un prestatore di servizi che, alla data di scadenza per la presentazione della domanda di partecipazione alla gara, non ha adempiuto, effettuando integralmente il pagamento corrispondente, i suoi obblighi in materia di contributi previdenziali e di imposte e tasse, può regolarizzare la sua situazione successivamente: - in forza di misure di condono fiscale o di sanatoria adottate dallo Stato; - in forza di un concordato al fine di una rateizzazione o di una riduzione dei debiti; - mediante la presentazione di un ricorso amministrativo o giurisdizionale; a condizione che provi, entro il termine stabilito dalla normativa o dalla prassi amministrativa nazionali, di aver beneficiato di tali misure o di un tale concordato, o che abbia presentato un tale ricorso entro questo termine". Semplificando: spetta alle norme nazionali determinare fino a che momento ovvero entro quale termine gli interessati ad una gara di appalto devono aver effettuato i pagamenti corrispondenti ai loro obblighi o aver provato che le condizioni per una regolarizzazione a posteriori sono soddisfatte. "Tale termine può essere, in particolare, la data per la presentazione della domanda di partecipazione alla gara, la data di spedizione della lettera di invito a presentare un'offerta, la data della presentazione delle offerte dei candidati, la data di valutazione delle offerte da parte dell'amministrazione aggiudicatrice o, ancora, il momento che precede immediatamente l'aggiudicazione dell'appalto". Per i commenti a questa sentenza si v. i contributi di P. LOTTI, *Corte CE e esclusione dalla gara per irregolarità fiscale e contributiva: è necessaria una regola chiara*, *ivi*, 2006, p. 542 ss. e di P. TOMASSI, *La possibilità di esclusione dalle procedure di gara per irregolarità contributive e fiscali*, in *Riv. amm. app.*, 2006, p. 45 ss. Per completezza, va ricordato che la pronuncia in esame ha risolto una questione pregiudiziale sollevata dal T.A.R. Lazio, sez. I-bis, 28 aprile 2004, n. 3606, in *Urb. app.*, 2004, p. 1090 ss. Per i commenti a tale ultima pronuncia si v. F. LEGGIADRO, *Il concetto di irregolarità contributiva o fiscale. Il TAR Lazio investe la Corte di Giustizia*, *ivi*, 2004, p. 1095 ss.; G. MARINO, *Sul requisito della regolarità fiscale e contributiva tra diritto comunitario e diritto interno*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2004, p. 2135 ss.; C. GIANNI, *Esclusione dalle gare di appalti di servizi per irregolarità fiscale e contributiva: orientamenti giurisprudenziali*, in *I tribunali amministrativi regionali*, 2004, p. 473 ss.

⁵ Sul punto si rinvia integralmente alla nota precedente.

⁶ Sui primi commenti a tale decreto si v. A. BOZZI, *La direttiva 92/50/CEE in materia di appalti pubblici attuata con decreto legislativo 17 marzo 1995 n. 157. Le posizioni soggettive ed i mezzi di tutela*, in *Riv. amm. Rep. it.*, 1995, p. 1307 ss.; G. GRECO, *Gli appalti pubblici di servizi*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1995, p. 1285 ss.; I. DEL CASTILLO, G. GALTIERI e U. REALFONSO, *Appalti pubblici di servizi* (Analisi e commento del d.l.vo 17 marzo 1995, n. 157 di recepimento della direttiva n. 92/50/CEE. Appendice normativa aggiornata con la direttiva 13 ottobre 1997, n. 97/52/CE), Pirola-Il Sole 24 Ore, Milano, 1998, p. 989 ss.; nonché, più di recente, E. SAITTA, *Moralità professionale e partecipazione alle gare* (Commento a Decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 157, Attuazione della direttiva 92/50/Cee in materia di appalti pubblici di servizi (art. 12)), in *Riv. trim. app.*, 2004, p. 230 ss.

lavori pubblici, c.d. legge Merloni⁷) stabiliva che non potevano partecipare alla medesima gara quelle imprese che si trovassero fra di loro in una delle situazioni di controllo previste dall'art. 2359 del codice civile⁸.

Tale ultima disposizione, intitolata "Società controllate e società collegate", era – ed è – così formulata: "Sono considerate società controllate⁹: 1) le società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria¹⁰; 2) le società in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria¹¹; 3) le società che sono sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli

⁷ In ordine a questa disposizione si v. i commenti di F. BUONANNO, *Partecipazione alle gare d'appalto delle società collegate. Il punto di vista dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici*, in *Riv. amm. app.*, 2000, p. 87 ss.; e di V. MONTANARI, *Art. 10, c. 1-bis, l. 109/94 – Fattispecie tassativa o esemplificativa?*, in *Gius. amm.*, 2005, p. 863 ss.

⁸ Sull'art. 2359 c.c. si v. per tutti M. CIAN, *Commento all'art. 2359 del Codice civile*, in *Commentario breve al codice civile* (a cura di G. CIAN e A. TRABUCCHI), Cedam, Padova, 2004, p. 2498 ss., il quale, in via preliminare, rileva che "il concetto di controllo è diverso da quello di gruppo: il gruppo è un complesso di società soggette ad una unitaria attività di direzione e coordinamento (si v. artt. 2497 ss.). Sono individuabili due distinte tipologie di gruppi: il gruppo orizzontale o paritetico, e il gruppo verticale: solo nel secondo, la direzione unitaria si basa su un rapporto di controllo tra le società che vi appartengono; nel primo, per contro, la direzione concertata deriva da accordi contrattuali tra più società che non si trovano in posizione di subordinazione l'una rispetto all'altra, finalizzati al coordinamento delle rispettive attività. Solo quello verticale è un gruppo in senso proprio. L'esistenza di una situazione di controllo tra le diverse società è presupposto necessario, ma non sufficiente per la formazione di un gruppo di questo tipo: è necessario infatti che l'influenza dominante si espliciti effettivamente nell'esercizio di un'attività di direzione unitaria; tuttavia, almeno ai fini dell'applicazione degli artt. 2497 ss., l'esistenza di una situazione di controllo fa presumere l'esercizio di tale attività (art. 2497 *sexies*)".

⁹ Con riguardo alle società controllate si v. ancora le puntuali osservazioni di M. CIAN, *Commento all'art. 2359 del Codice civile*, cit., p. 2499, secondo cui, nell'ambito dell'art. 2359 c.c. il legislatore disciplina "esclusivamente il controllo tra società, non definendo né regolando l'ipotesi in cui il controllo sia esercitato da una persona fisica (nel caso in cui la persona eserciti una attività di direzione unitaria di un gruppo si parla di *holding* di tipo personale). Né rileva, ai fini dell'art. in commento, il controllo congiunto di più società nei confronti di un'altra; non comporta la costituzione di una situazione di controllo, pertanto, la circostanza che più società dispongano complessivamente della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria di altra società, neppure quando le prime siano legate da un sindacato di voto".

¹⁰ Su tale forma di controllo si rinvia ancora a M. CIAN, *Commento all'art. 2359 del Codice civile*, cit., p. 2499, il quale rileva come questa ipotesi dia luogo al c.d. controllo interno di diritto, che viene in essere quando la società controllante dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria della controllata. In particolare, "si tiene conto delle azioni a cui spetta il diritto di voto in tale assemblea, ancorché alle stesse ne sia precluso l'esercizio con riferimento a determinati argomenti; per contro, non vanno conteggiate le azioni con diritto di voto limitato esclusivamente a particolari argomenti. Nel caso in cui lo statuto preveda limiti al numero massimo dei voti esercitabili dal singolo socio, degli stessi deve tenersi conto nell'accertamento della sussistenza del controllo. Vanno conteggiate non solo le azioni di cui la società è titolare, ma anche quelle in relazione alle quali la medesima dispone comunque del diritto di voto: ad es., le azioni su cui grava, a favore della società (e nei limiti fissati dall'art. 2358), un diritto di pegno. Non si tiene conto delle azioni che la società detiene quale fiduciaria di altri soggetti, né dei voti che la stessa esercita in rappresentanza di altri soci (a meno che la procura non autorizzi la società a votare nel proprio interesse)".

¹¹ Anche con riferimento a tale altra forma di controllo si permetta di rinviare a M. CIAN, *Commento all'art. 2359 del Codice civile*, cit., p. 2499, per il quale questa ipotesi costituisce sì una forma di controllo interno, tuttavia, si tratta, a differenza dell'ipotesi precedente, di un controllo di fatto e non di diritto. Tale situazione di controllo "può profilarsi in conseguenza dell'assenteismo dei soci, così anche chi dispone della semplice maggioranza relativa dei voti è in grado comunque, di fatto, di condizionare significativamente l'orientamento assembleare". Un'autorevole dottrina riteneva che detiene una posizione di controllo, ai sensi della norma in commento, anche la società che è in condizione di esercitare l'influenza dominante per effetto di un sindacato di voto; in altre parole la società che possa esercitare una influenza dominante sul sindacato e, attraverso questo, sull'assemblea, si troverebbe in situazione di controllo (G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, II, V° ed., Utet, Torino, 2002, p. 296). Diversamente M. CIAN, *Commento all'art. 2359 del Codice civile*, cit., p. 2499, secondo cui la tesi non sembra condivisibile alla luce della disposizione contenuta nel 2° co. dell'art. in commento, che limita la rilevanza del controllo indiretto, anche rispetto all'ipotesi di cui al n. 2, alla sussistenza di un rapporto di fiducia o di interposizione.

contrattuali con essa¹² (primo comma). Ai fini dell'applicazione dei numeri 1) e 2) del primo comma si computano anche i voti spettanti a società controllate, a società fiduciarie e a persona interposta¹³; non si computano i voti spettanti per conto di terzi (secondo comma). Sono considerate collegate le società sulle quali un'altra società esercita un'influenza notevole¹⁴. L'influenza si presume quando nell'assemblea ordinaria può essere esercitato almeno un quinto dei voti ovvero un decimo se la società ha azioni quotate in mercati regolamentati".

Con l'entrata in vigore del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, cit. il divieto di partecipazione testé ricordato veniva esteso anche agli appalti di "servizi" e di "forniture": come già asserito, l'art. 34, ultimo comma, prevedeva l'impossibilità di partecipare alla medesima gara da parte di concorrenti che si trovavano fra di loro in una delle situazioni di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile¹⁵; e, inoltre, le stazioni appaltanti potevano altresì escludere i concorrenti, dopo aver accertato

¹² In argomento si v. di nuovo M. CIAN, *Commento all'art. 2359 del Codice civile*, cit., p. 2499, secondo il quale "il controllo in conseguenza di particolari vincoli contrattuali", controllo c.d. di fatto ed esterno, "è l'effetto della sussistenza di rapporti contrattuali tra due società, dal cui perdurare dipendono l'attività e la potenzialità imprenditoriale di una di esse: è controllata, ad es., la società la cui attività consiste essenzialmente nella somministrazione dei propri prodotti ad altra, unica loro utilizzatrice. Non si ha controllo, per converso, quando pure una società, in un dato momento, abbia costituito rapporti con un unico soggetto, dai quali possa tuttavia sciogliersi, rivolgendosi ad altra clientela o ad altri fornitori, senza significativo nocumento per la propria attività...A tale figura di controllo potrebbe ricondursi anche quello derivante da un contratto di dominazione, in virtù del quale ad una società è attribuito il diritto di dirigere l'attività dell'altra, che ha l'obbligo di conformarsi alle direttive ricevute. La validità di tali contratti nel nostro ordinamento è stata tuttavia sempre contestata; epperò ai medesimi fa riferimento oggi l'art. 2497 *septies*, presumendone implicitamente (sebbene non sia chiaro entro che limiti) l'efficacia".

¹³ Sul punto si v. ancora M. CIAN, *Commento all'art. 2359 del Codice civile*, cit., p. 2499, il quale asserisce che il 2° comma integra un'ipotesi di "controllo c.d. indiretto". La locuzione "interposta persona" si riferisce "ad ogni ipotesi in cui l'azione è detenuta da un terzo, fiduciario della società, sia che tale soggetto sia titolare dell'azione stessa (secondo lo schema della fiducia di tipo romanistico), sia che ne sia mero possessore legittimo (secondo il tipo della fiducia germanistica)".

¹⁴ Su cui si v. di nuovo M. CIAN, *Commento all'art. 2359 del Codice civile*, cit., p. 2500, il quale afferma che "il legislatore non indica alcun presupposto tipico, costitutivo della situazione di influenza notevole, che quindi è ravvisabile ogni qualvolta una società sia in condizione di influire, sia pure con incidenza minore ed in misura più tenue di quella che caratterizza il controllo, sull'attività dell'altra, o per il fatto di disporre di una quota di partecipazione significativa in quest'ultima (si intende: con diritto di voto), o per ragioni esterne (in particolare: vincoli contrattuali). Nonostante l'ambigua formulazione della norma, il collegamento non deriva dall'esercizio effettivo dell'influenza notevole, sufficiente essendone la possibilità di esercizio".

¹⁵ Un analogo divieto è previsto anche in materia di affidamento di incarichi di progettazione. In proposito, l'art. 51, commi 2 e 3, d.p.R. 21 dicembre 1999, n. 554 prevede che "il medesimo divieto", cioè di partecipare alla medesima gara per l'affidamento di servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria, "sussiste per i liberi professionisti qualora partecipi alla stessa gara, sotto qualsiasi forma, una società di professionisti o una società di ingegneria delle quali il professionista è amministratore, socio, dipendente o collaboratore coordinato e continuativo. La violazione di tali divieti comporta l'esclusione dalla gara di entrambi i concorrenti". Tuttavia, l'art. 358, comma 1, lett. c), d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 ha abrogato il provvedimento in esame, a decorrere dall'8 giugno 2011.

Non è invece stato abrogato l'art. 90, comma 8, d.lgs. n. 163, cit. il quale stabilisce che "gli affidatari di incarichi di progettazione non possono partecipare agli appalti o alle concessioni di lavori pubblici, nonché agli eventuali subappalti o cottimi, per i quali abbiano svolto la suddetta attività di progettazione; ai medesimi appalti, concessioni di lavori pubblici, subappalti e cottimi non può partecipare un soggetto controllato, controllante o collegato all'affidatario di incarichi di progettazione. Le situazioni di controllo e di collegamento si determinano con riferimento a quanto previsto dall'articolo 2359 del codice civile. I divieti di cui al presente comma sono estesi ai dipendenti dell'affidatario dell'incarico di progettazione, ai suoi collaboratori nello svolgimento dell'incarico e ai loro dipendenti, nonché agli affidatari di attività di supporto alla progettazione e ai loro dipendenti".

"che le relative offerte" erano "imputabili a un unico centro decisionale, sulla base di univoci elementi"¹⁶.

Ratio del divieto di partecipazione era da rinvenire nella necessità che l'apparente distinzione della personalità giuridica delle società partecipanti potesse dissimulare l'effettiva provenienza delle rispettive offerte da un unico centro decisionale, alternando la segretezza delle rispettive offerte e minando, come logica conseguenza, la concorrenzialità delle gare pubbliche. Ciò in ragione del fatto che il rispetto dei principi della *par condicio* tra i concorrenti e della segretezza dell'offerta (entrambi posti a garanzia della regolarità della procedura di gara nell'interesse sia dell'amministrazione che dei singoli concorrenti) postulava necessariamente che tra gli operatori economici non sussistesse alcuna relazione idonea a consentire un flusso informativo in merito al contenuto dell'offerta (sia con riferimento agli elementi tecnici, sia in relazione a quelli economici) idoneo a favorire la produzione di offerte concordate in modo da influenzare la media e quindi la soglia di anomalia delle offerte economiche medesime. Ecco spiegato perché le diverse offerte dovevano fare riferimento a centri di interesse distinti.

3. L'orientamento della giurisprudenza amministrativa: a) prima dell'entrata in vigore del codice degli appalti: l'ipotesi del collegamento sostanziale; b) ...e dopo la sua entrata in vigore: il collegamento sostanziale e il collegamento presunto

Orbene – venendo proprio all'art. 34, ultimo comma del Codice degli appalti – nelle ipotesi di controllo previste dall'art. 2359 c.c., l'esclusione delle concorrenti si poneva come atto dovuto per le stazioni appaltanti, atteso che si era in presenza di una presunzione assoluta (c.d. *iuris et de iure*) circa la sussistenza di un unico centro di interesse.

Quid iuris invece nelle ipotesi in cui la fattispecie non era riconducibile alla situazione di controllo *ex art.* 2359 c.c., ma vi fosse comunque una connessione tra le diverse imprese concorrenti? In tal caso (di collegamento c.d. "sostanziale"¹⁷), la giurisprudenza formatasi

¹⁶ Mentre la prima parte della disposizione riproduceva sostanzialmente un'ipotesi preclusiva già prevista dalla legislazione anteriore al Codice degli appalti, questa seconda parte, con disposizione innovativa, andava a tramutare in legge una complessa e a tratti controversa elaborazione giurisprudenziale. Tra i primi commenti a questa disposizione si v. permetta di rinviare a G. FISCHIONE, *I divieti di partecipazione alla medesima gara di imprese che si trovano fra di loro in una situazione di controllo formale o sostanziale prevista dall'art. 34 del codice degli appalti*, in *Arch. giur. op. pubbl.*, 2006, p. 915 ss.

¹⁷ Sulla partecipazione alle gare di imprese controllate ovvero collegate la bibliografia è ampia: si v. G. MANGIALARDI, *Partecipazione alle gare di imprese collegate* (Nota a Cons. St., sez. VI, 23 marzo 2007, n. 1423), in *Urb. app.*, 2007, p. 1004 ss.; G. FARES, *Il collegamento societario nelle gare di appalto, fra tutela della concorrenza ed esercizio della libertà d'iniziativa economica* (Nota a Cons. St., sez. VI, 13 giugno 2005, n. 3089), in *Serv. pubbl. app.*, 2006, p. 123 ss.; L. PERGOLIZZI, *Il collegamento sostanziale tra società partecipanti alla stessa gara* (Nota a T.A.R. Lazio, sez. III, 25 maggio 2005), in *Giorn. dir. amm.*, p. 1293 ss.; F. CACCO, *In tema di partecipazione alle gare di*

anteriormente al Codice degli appalti era concorde nel ritenere che i concorrenti potessero essere ugualmente estromessi. In particolare, erano ritenute legittime le clausole di bandi di gara che, in caso di collegamento sostanziale, prevedevano l'esclusione¹⁸. In ogni caso, il collegamento andava accertato, in concreto, dalla stazione appaltante, sempre in contraddittorio con gli interessati e, soprattutto, sulla base di indici rivelatori¹⁹: insomma, dovevano sussistere indizi gravi, precisi e concordanti che lasciassero presumere la riferibilità delle offerte ad un unico centro decisionale²⁰.

imprese collegate (Nota a Cons. St., sez. V, 22 aprile 2004, n. 2317), in *I contratti dello Stato e degli enti pubblici*, p. 401 ss.; M. AUDITORE, *Collegamento e controllo come relazioni idonee a inficiare la partecipazione di due o più imprese alla medesima gara pubblica* (Nota a T.A.R. Lazio, sez. III-bis, 30 marzo 2004, n. 2955), in *I Tribunali amministrativi regionali*, 2004, p. 83 ss.; R. SPAGNUOLO VIGORITA, *Ancora in tema di collegamento tra imprese nelle gare di appalto* (Nota a T.A.R. Lombardia, sez. III, 28 novembre 2002, n. 4698), in *Foro amm. T.A.R.*, 2003, p. 1170 ss.; EAD., *Collegamento d'imprese nelle gare d'appalto: sulla necessità della ricerca di un "punto di equilibrio" tra la tutela della concorrenza e la garanzia della regolarità sostanziale delle procedure di scelta del contraente* (Nota a T.A.R. Lazio, sez. I-ter, 17 luglio 2002, n. 6326), *ivi*, 2002, p. 2893 ss.; R. FRASCOLLA e R. GAROFOLI, *La partecipazione di imprese collegate prima e dopo la "Merloni-ter"* (Nota a Cons. St., sez. IV, 12 gennaio 1999, n. 16), in *Urb. app.*, 1999, p. 280 ss.; L. MACERONI, *La partecipazione alle gare d'appalto per l'affidamento di lavori pubblici da parte di imprese in rapporto di controllo e/o collegamento tra l'interpretazione pretoria e la legge Merloni ter* (Nota a T.A.R. Lazio, sez. III, 16 giugno 1998, n. 1393), in *Rivista giuridica quadrimestrale dei pubblici servizi*, 1999, p. 125 ss.

¹⁸ Sul punto però si v. T.A.R. Toscana, sez. II, 8 marzo 2006, n. 931; T.A.R. Sicilia, sez. III, 17 marzo 2006, n. 594, secondo cui l'esclusione dalla gara per la sussistenza tra i concorrenti di indici concreti di collegamento sostanziale poteva avvenire anche in assenza di esplicita previsione in tal senso del bando di gara, ma sulla base di accertamenti svolti dalla stazione appaltante.

¹⁹ Secondo la giurisprudenza amministrativa erano da considerare in tal senso gli intrecci azionari o di quote sociali tra i concorrenti, incarichi amministrativi o tecnici ricoperti dalle stesse persone nelle diverse società, rapporti di parentela tra soci o amministratori, sedi sociali nello stesso luogo, polizze fideiussorie rilasciate nello stesso giorno e dalla stessa compagnia, plichi spediti lo stesso giorno dallo stesso ufficio postale e con le stesse modalità oppure recanti un numero progressivo di raccomandata. Inoltre, sul punto, è assai significato un provvedimento dell'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, deliberazione 25 maggio 2004, n. 101, secondo cui costituiscono indizi "seri, precisi e concordanti" dell'esistenza di un collegamento sostanziale tra imprese in gara, tali da legittimarne l'esclusione "la sussistenza di legami di parentela tra gli amministratori e direttori tecnici; la circostanza che le medesime hanno sede allo stesso indirizzo ed utilizzano lo stesso numero di fax; il fatto che i loro attestati di qualificazione e certificati di conformità ISO 9001:2000 sono stati rilasciati nello stesso giorno dalla stessa S.O.A. e presentano numeri d'ordine progressivi; la circostanza che le loro polizze fideiussorie sono state rilasciate dalla medesima compagnia d'assicurazioni e dalla stessa agenzia di rappresentanza, presentano numeri d'ordine progressivi e riportano tutte la medesima cifra garantita approssimata rispetto a quella richiesta dal bando; il fatto che le offerte sono state acquisite al protocollo della stazione appaltante con numeri d'ordine consecutivi, a riprova del fatto che sono state presentate insieme; la circostanza che la documentazione amministrativa prodotta nonché l'offerta presentata con le dichiarazioni di rito e gli allegati giustificativi dei prezzi sono impaginati con testo e layout sostanzialmente uguali, variando in alcuni casi solo il carattere di stampa; il fatto che le offerte, per grafia e tipo di inchiostro, sembrano compilate dalla stessa persona; la circostanza che, dall'analisi delle graduatorie delle offerte, si rileva che l'entità e la distribuzione dei ribassi corrispondenti alle imprese di cui si suppone il collegamento è sostanzialmente uguale, pur variando in taluni casi il posto assunto da ciascuna impresa nell'ordine che ne deriva, il che sembra potersi attribuire ad un disegno preordinato volto a pilotare il risultato della gara".

²⁰ Sul punto si v. T.A.R. Lombardia, 9 gennaio 2008, n. 32 secondo cui era legittimo un provvedimento di esclusione di un'impresa da una gara pubblica, motivato con riferimento all'accertata esistenza di un collegamento sostanziale con altre imprese partecipanti alla medesima procedura, nel caso in cui dagli atti presentati ai fini della partecipazione alla gara, fossero emersi indizi seri, precisi e concordanti che inducessero a ritenere sussistente detto collegamento sostanziale; in tal caso, infatti, "si verifica l'alterazione della *par condicio* dei concorrenti e la violazione dei principi di concorrenza e di segretezza dell'offerta, con il conseguente venir meno della correttezza della gara, determinati dal fatto che le offerte provengono da un medesimo centro decisionale o, comunque, provengono da due o più imprese collegate, e sussistano elementi tali da far ritenere che si tratta di offerte previamente conosciute, anche se non concordate dalle partecipanti". Ha osservato, in particolare, il T.A.R. Lombardia Milano, che, nella specie, gli elementi e/o gli indizi seri, precisi e concordanti, idonei a far presumere l'esistenza di forme di collegamento sostanziale tra le imprese escluse erano in particolare i seguenti: - i plichi contenenti i documenti e le offerte risultavano spediti dal medesimo ufficio postale, il medesimo giorno, con le medesime modalità di invio: posta celere; - le domande di

Se infatti dette offerte provenivano da soggetti così legati tra loro da costituire un unico centro di interessi, allora la giurisprudenza amministrativa ravvisava (o meglio presumeva) una carenza di serietà, segretezza ed affidabilità delle offerte medesime²¹.

Sulla scorta di questa giurisprudenza, il Codice degli appalti, nel secondo periodo dell'ultimo comma dell'art. 34, ha stabilito che le stazioni appaltanti potevano altresì escludere dalla gara i concorrenti, dopo aver accertato che le relative offerte fossero da imputare a un unico centro decisionale, sulla base di univoci elementi. Tali elementi, a dire dei giudici amministrativi, dovevano essere valutati di volta in volta con riguardo alle concrete modalità di svolgimento della gara²². Lo scopo perseguito insomma era quello di evitare che non fosse soltanto lesa, ma neanche messa in pericolo la correttezza della serie procedimentale finalizzata alla scelta del contraente con la stazione appaltante.

Tuttavia, attraverso il richiamo all'art. 2359 c.c., il Codice degli appalti, a differenza della disciplina previgente²³, ha attribuito rilevanza anche al c.d. "collegamento presunto", previsto dal

partecipazione alla gara erano state presentate senza l'apposizione della marca da bollo e con ulteriore documentazione non richiesta dal bando di gara, quale il certificato della camera di commercio, il certificato dei carichi pendenti ed il certificato fallimentare; - le polizze fidejussorie, presentate quale cauzione provvisoria, erano state rilasciate dalla medesima assicurazione e dalla stessa agenzia, nel medesimo giorno con un numero progressivo successivo; - le imprese in questione avevano entrambe la propria sede legale al medesimo indirizzo; - le medesime società avevano lo stesso numero di fax e di telefono". Allo stesso modo il Cons. Stato, sez. V, 7 settembre 2007, n. 4721 aveva avuto modo di affermare che era legittimo il provvedimento di esclusione di alcune imprese da una gara pubblica, "nel caso in cui la commissione di gara, effettuando un'analisi comparativa della documentazione prodotta, abbia ravvisato l'esistenza di un collegamento sostanziale tra loro, facendo riferimento: a) all'uniformità dei plichi contenenti le buste; b) all'unicità del corriere che aveva curato la spedizione; c) al fatto che le polizze assicurative risultavano rilasciate dalla stessa compagnia assicuratrice e nello stesso giorno e in vicino ordine di successione; d) all'uniformità di compilazione della modulistica; e) al medesimo confezionamento della busta contenente l'offerta economica (applicando ceralacca in tre punti coincidenti ed apponendo il timbro e la firma del rappresentante dell'impresa in una posizione identica), mentre secondo il disciplinare di gara la busta contenente l'offerta economica doveva essere chiusa idoneamente in modo da assicurare l'assoluta segretezza del contenuto e controfirmata sui lembi di chiusura. Tali elementi, individuati dalla commissione, infatti, sono sufficienti a far desumere un collegamento sostanziale tra le imprese escluse".

²¹ In tal senso v. per tutte Cons. St., sez. V, 1 luglio 2002, n. 3601.

²² In tal senso si v. per tutte Cons. St., sez. IV, 17 settembre 2007, n. 4839, per il quale "è legittimo il provvedimento con il quale è stata disposta l'esclusione di due società partecipanti alla medesima gara nel caso in cui, da accertamenti effettuati dalla P.A. appaltante, siano emersi una serie di elementi di fatto che costituiscono indizi gravi, precisi e concordanti della sussistenza di un collegamento sostanziale tra le due società (nella specie in sede amministrativa era emerso che: a) le due società erano gestite dai componenti del medesimo nucleo familiare; b) le offerte delle due società erano state trasmesse dal medesimo ufficio postale, nello stesso giorno, con le stesse modalità di posta celere-corriere espresso e con ricevute di spedizione aventi una numerazione progressiva; c) le cauzioni provvisorie erano state rilasciate dalla stessa agenzia di una compagnia di assicurazione, nello stesso giorno e con numerazione progressiva, con identità del momento in cui sono stati pagati i relativi premi; d) le due società erano state iscritte alla Camera di commercio nella stessa data ed avevano ottenuto attestazioni S.O.A. da parte del medesimo organismo, nello stesso giorno e con numerazione progressiva)". Alla stregua del predetto principio, il Consiglio di Stato ha annullato la sentenza di primo grado che aveva ritenuto invece illegittimo il provvedimento di esclusione, perché i dati emersi nel corso del procedimento sarebbero derivati "da evenienze puramente formali ed estrinseche, in quanto tali di per sé inadeguate a dimostrare la effettività del collegamento tra le due imprese". Ha rilevato invece la Sezione V che gli elementi riscontrati nel corso dell'istruttoria, oltre che l'assenza di qualsiasi confutazione sulla effettiva sussistenza dei rapporti di parentela, costituivano indizi gravi, precisi e concordanti in base ai quali del tutto doverosamente la P.A. appaltante, senza alcun bisogno di ulteriori accertamenti, aveva tratto la convinzione della sussistenza di un collegamento sostanziale tra le due società. Sul punto si v. *supra* note nn. 19-20.

²³ Su cui si v. AGCM, atto n. 27/2000, secondo la quale "il legislatore ha attribuito rilievo, ai fini del divieto di partecipazione a procedure ad evidenza pubblica, esclusivamente alle situazioni di controllo societario in cui si trovino

terzo comma dell'art. 2359 medesimo. La ragion d'essere del divieto di partecipazione era, ancora una volta, quella di salvaguardare una serie di interessi pubblici, quali la tutela della concorrenza e della parità di trattamento tra gli offerenti²⁴. Quanto alla verifica di tale collegamento, l'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici ha affermato che il collegamento medesimo si considerava *in re ipsa* qualora si fosse verificata una delle due fattispecie (individuate in due distinte soglie di partecipazione azionaria che facevano supporre l'esercizio di un'influenza notevole di una società sull'altra, a seconda che la società avesse o meno azioni quotate in borsa), per cui non vi era "alcun bisogno di ulteriori indagini ed il collegamento, basato su elementi presuntivi inderogabili" si considerava come accertato²⁵.

4. La questione pregiudiziale sollevata dal T.A.R. Lombardia, 14 novembre 2007 e la sentenza della Corte di Giustizia Europea, sez. IV, 19 maggio 2009, C-538/07, Assitur: il divieto di esclusione automatica

Quanto ai fatti di causa da cui è scaturita la sentenza *Assitur*, occorre rilevare che con bando di gara del 30 settembre 2003, la Camera di commercio di Milano indiceva una pubblica procedura, per l'affidamento, in base al criterio del prezzo più basso, di un determinato servizio (nella specie, si trattava del servizio di corriere per il ritiro e la consegna della corrispondenza e di documentazione varia per conto della Camera di commercio medesima). In esito all'esame della

coinvolte imprese che partecipano ad uno stesso affidamento, mentre le situazioni di collegamento, disciplinate dal comma 3 del richiamato art. 2359 del codice civile, non sono fatte oggetto di richiamo espresso da parte del legislatore nel dettato dell'art. 10, comma 1-*bis*, della legge n. 109/1994". Sempre a dire dell'Autorità "l'esclusione del collegamento societario, cui consegue il divieto di partecipazione alla gara, deve considerarsi frutto di una precisa scelta operata dal legislatore, specie in considerazione del fatto che, in altre disposizioni oggetto di modifiche da parte della medesima legge, le fattispecie del controllo e collegamento sono entrambe richiamate". Si tratterebbe, in particolare, dell'art. 18 della legge n. 55/1990, nel testo modificato dalla legge n. 415/1998, oltre che degli artt. 17, comma 9 e 2, comma 4, della legge n. 109/1994. Questa elencazione, continua l'Autorità Garante per la concorrenza, "è esemplificativa di come il legislatore abbia, talvolta, valutato con sfavore le situazioni di collegamento tanto da ritenere che, ove ricorrano, costituiscano motivo ostativo per la partecipazione agli affidamenti".

L'atto dell'AGCM, palesemente rispettoso del dato letterale della norma invocata, veniva salutato con favore dal Cons. St., sez. V, 26 aprile 2005, n. 1901, il quale ha avuto modo di affermare che il predetto atto era stato reso dal Consiglio dell'Autorità "nell'ambito precipuo dei poteri di vigilanza alla stessa spettanti, in cui deve ricondursi, non solo la semplice verifica del rispetto formale della normativa dettata in materia, ma anche la definizione sostanziale di regole, a contenuto prevalentemente interpretativo, che consentono di rendere omogenee le procedure di applicazione della normativa generale ed astratta da parte di tutti gli interessati".

Tuttavia, nonostante l'inequivoco dato normativo, l'orientamento prevalente del Giudice amministrativo è stato quello di interpretare l'art. 10, comma 1-*bis*, come riferentesi anche alle situazioni di collegamento societari: sia prima che dopo l'intervento dell'Autorità, il Giudice amministrativo ha non solo ritenuto valide le clausole di bando che prevedevano l'immediata esclusione in caso di partecipazione di imprese collegate, ma ha addirittura stabilito che il ravvisato collegamento comportasse l'automatica esclusione delle imprese collegate, pur in assenza di clausola di bando che disponesse in tal senso (Cons. St., sez. VI, n. 2950/2007).

²⁴ Così per tutti Cons. St., sez. V, 8 settembre 2008, n. 4285.

²⁵ Così la determinazione 29 marzo 2007, n. 1.

documentazione presentata dagli interessati, venivano ammesse alla gara l'Assitur S.r.l. [d'ora in avanti: *Assitur*], la Poste Italiane S.p.a. [nel prosieguo: Poste italiane] e la *SDA Express Courier* S.p.a. [d'ora innanzi: *SDA*], la quale, nel dicembre 2003, si aggiudicava l'appalto, avendo presentato l'offerta più bassa.

Tuttavia, l'*Assitur* chiese l'annullamento dell'aggiudicazione innanzi al T.A.R. della Lombardia. A suo dire, l'amministrazione aggiudicatrice avrebbe dovuto escludere la *SDA*, in quanto la totalità del capitale della medesima era detenuta dall'Attività Mobiliari S.p.a., la quale, a sua volta, era interamente partecipata da Poste italiane. In buona sostanza, l'*Assitur* fondava la sua pretesa sull'art. 10, comma 1-*bis*, l. n. 109/1994, cit. (*supra* n. 2), disposizione prevista in materia di lavori pubblici: più in particolare, la ricorrente era dell'avviso che il predetto art. 10 dovesse applicarsi estensivamente/analogicamente²⁶ anche agli appalti di servizi, con conseguente esclusione delle società (nella specie *SDA* e Poste Italiane) visto che esse si trovavano fra loro in una delle situazioni di controllo previste dall'art. 2359 c.c. E, pertanto, attraverso offerte concertate, esse avevano influenzato la determinazione della soglia per offerte anormalmente basse, comportando così l'esclusione di concorrenti (tra cui *Assitur*) non facenti parte del gruppo.

Tale argomentazione veniva condivisa anche dal T.A.R.: inoltre, sulla base del fatto che la giurisprudenza amministrativa aveva riconosciuto all'art. 10 della legge Merloni il valore di norma di ordine pubblico, applicabile, dunque, in via generale²⁷, il giudice di prime cure riteneva che la stessa trascendesse la materia dei lavori pubblici potendola altresì riferire alle procedure di aggiudicazione nei settori dei servizi e delle forniture. Peraltro, sempre a dire del T.A.R., tale orientamento giurisprudenziale sarebbe stato recepito anche dal legislatore del 2006, attraverso l'adozione del più volte citato art. 34, ultimo comma, d.lgs. n. 163/2006²⁸.

Inoltre, il giudice amministrativo era dell'avviso che l'art. 10, cit. non potesse che costituire l'espressione del principio di libera concorrenza, giacché si prefiggeva di sanzionare ogni comportamento collusivo di imprese nell'ambito di una procedura di gara. Insomma, interpretato in tal maniera, l'art. 10 non avrebbe contrastato con l'art. 29 della direttiva 92/50/CEE.

²⁶ Non sempre è agevole distinguere tra interpretazione estensiva e analogia, la quale consiste, come noto, in un processo d'integrazione dell'ordinamento attuato tramite una regola di giudizio ricavata dall'applicazione all'ipotesi di specie, non regolata espressamente da alcuna norma, di disposizioni regolanti casi o materie simili: il presupposto di tale procedimento integrativo è costituito dal ricorrere dell'identità di *ratio* in virtù del noto brocardo *ubi eadem legis ratio, ubi eadem legis dispositio*. A dire della giurisprudenza di legittimità (Cass. 3 luglio 1991, in *For. it.*, 1992, II, c. 146) "l'interpretazione estensiva mantiene il campo di validità della norma entro l'area di significanza dei segni linguistici coi quali essa si esprime, mentre l'analogia estende tale validità all'area di similarità della fattispecie considerata dalla norma. L'interpretazione estensiva è perciò pur sempre legata al testo della norma esistente; il procedimento analogico è invece creativo di una norma nuova che prima non esisteva".

²⁷ Che l'art. 10, comma 1-*bis* fosse da considerare come norma di ordine pubblico si v. le più recenti decisioni del Cons. St., sez. IV, 19 ottobre 2006, n. 6212; Cons. St., sez. IV, n. 6367/2004; nonché T.A.R. Lazio, sez. III, 21 marzo 2008, n. 2518; T.A.R. Lazio, sez. III, 8 novembre 2006, n. 12108; T.A.R. Lombardia, sez. III, 21 novembre 2005, n. 4727.

²⁸ Tuttavia l'art. 34 non poteva essere applicato, *ratione temporis*, alla controversia in oggetto.

Stando così le cose, il T.A.R. della Lombardia, sulla scorta della sentenza *La Cascina*²⁹, decideva di rimettere la questione alla Corte di Giustizia Europea chiedendole se l'art. 29 della direttiva 92/50/CEE configurasse un *numerus clausus* e, di conseguenza, se impedisse all'art. 10, cit. di stabilire, in materia di appalti di servizi, un'ulteriore ipotesi di esclusione per affrontare altre situazioni oggettive, ove una pluralità di offerte non avrebbe garantito una concorrenza effettiva fra di esse.

Chiamata a pronunciarsi sul punto, la Corte di Lussemburgo ha affermato che le sette ipotesi previste dall'art. 29, cit. si riferiscono unicamente alle qualità professionali degli imprenditori³⁰. Peraltro, dette cause di esclusione caratterizzano anche la materia dei lavori pubblici: invero, l'art. 24, primo comma, della direttiva del Consiglio 4 giugno 1993, 93/37/CEE, che coordina appunto le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori³¹, riproduce testualmente le medesime ipotesi dettate – in materia di servizi – dall'art. 29. E poiché in materia di lavori pubblici le cause di esclusione sono state, con la sentenza *Michaniki*³² del dicembre 2008, considerate tassative, per la Corte è agevole affermare che, anche in ipotesi di appalti di servizi, sono da intendere alla stessa maniera.

Ciò non deve portare a ritenere, ha aggiunto la Corte, che gli Stati membri non possano prevedere ulteriori cause di esclusione allo scopo di garantire il rispetto dei principi di parità di

²⁹ Su cui si v. *supra* nota 4. In particolare, secondo Corte di Giustizia Europea, sez. I, 9 febbraio 2006, C-226/04 e C-228/04, *La Cascina*, "l'art. 29 della direttiva non prevede in materia una uniformità di applicazione delle cause di esclusione ivi indicate a livello comunitario, in quanto gli Stati membri hanno la facoltà di non applicare affatto queste cause di esclusione, optando per la partecipazione più ampia possibile alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, o di inserirle nella normativa nazionale con un grado di rigore che potrebbe variare a seconda dei casi, in funzione di considerazioni di ordine giuridico, economico o sociale prevalenti a livello nazionale. In tale ambito, gli Stati membri hanno il potere di alleviare o di rendere più flessibili i criteri stabiliti dall'art. 29 della direttiva" (punto n. 23).

³⁰ Corte di Giustizia Europea, sez. IV, 19 maggio 2009, C-538/07, *Assitur*, punto n. 19.

³¹ In ordine a tale direttiva si v. per tutti il contributo di E. PICOZZA, *Le direttive comunitarie e la normativa nazionale sugli appalti pubblici con particolare riferimento ai lavori pubblici*, in *Il Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1994, p. 519 ss.

³² Corte di Giustizia Europea, sez. IV, 19 maggio 2009, C-538/07, *Assitur*, punto n. 20, il quale si richiama alla pronuncia della Corte di giustizia Europea, Grande sezione, 16 dicembre 2008, C-213/07, *Michaniki*, in http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/, secondo cui "al pari del Consiglio dell'Unione europea, occorre sottolineare, a tal proposito, che l'approccio del legislatore comunitario è stato quello di fissare unicamente cause di esclusione fondate sull'accertamento oggettivo di fatti o comportamenti propri dell'imprenditore interessato, atti a gettare discredito sulla sua onorabilità professionale o sulla sua idoneità economica o finanziaria a svolgere bene i lavori che rientrano nell'appalto pubblico per il quale presenta l'offerta. In tale contesto, l'art. 24, primo comma, della direttiva 93/37 deve essere visto come un elenco tassativo delle cause che possono giustificare l'esclusione di un imprenditore dalla partecipazione ad un appalto per ragioni fondate su elementi oggettivi, concernenti le sue qualità professionali. Di conseguenza, esso osta a che gli Stati membri o le amministrazioni aggiudicatrici integrino l'elenco che esso contiene con altre cause di esclusione fondate su criteri relativi alla qualità professionale" (punti nn. 42-43). Tuttavia, in precedenza la Corte di Giustizia Europea, sez. I, 9 febbraio 2006, C-226/04 e C-228/04, *La Cascina*, cit. aveva affermato che la disposizione considerata, cioè l'art. 29, primo comma, "fissa essa stessa i soli limiti della facoltà degli Stati membri, nel senso che questi non possono prevedere cause di esclusione diverse da quelle ivi indicate" (punto n. 22).

trattamento e di trasparenza, tuttavia esse devono sempre rispettare il principio di proporzionalità³³, cioè siffatte misure non devono eccedere quanto necessario per raggiungere tale obiettivo.

A tal riguardo, la Corte ha affermato (o meglio ribadito, seppur indirettamente) che il *favor participationis*, vale a dire l'interesse che il maggior numero di imprese partecipi alla gara di appalto, costituisce l'esplicazione del più ampio principio comunitario di libera concorrenza. Per cui l'esclusione sistematica delle imprese tra loro collegate (come pretendeva di fare la normativa italiana³⁴) è indubbio che avrebbe garantito i suddetti principi di parità di trattamento e di trasparenza, ma nel contempo andava a violare il principio di proporzionalità: cioè, a dire della Corte, dovrebbero essere sempre le imprese a dimostrare che, nel loro caso, non sussistono reali rischi che possano insorgere dalle pratiche volte a minacciare e a falsare la concorrenza tra gli offerenti: invero, una soluzione siffatta, a differenza dell'esclusione automatica caratterizzata da una presunzione *iuris et de iure*, andrebbe a tutelare anche il principio della libera concorrenza a livello comunitario.

In conclusione, per poter procedere all'esclusione delle imprese non è dunque sufficiente la mera constatazione da parte della stazione appaltante dell'esistenza di un rapporto di controllo ovvero di collegamento³⁵; è altresì necessario verificare se un tale rapporto possa aver avuto un impatto concreto sul loro rispettivo comportamento nell'ambito della procedura di aggiudicazione. A ciò va aggiunto che soltanto in tal modo i concorrenti potranno avere la possibilità di dimostrare la insussistenza delle sospettate condizioni di effettivo controllo rispetto ad altri partecipanti alla gara, senza che la stazione appaltante possa legittimamente escluderli dalla gara sulla base di elementi presuntivi. Ciò implica altresì che sarebbero illegittime eventuali clausole di bando o di disciplinare che comminassero l'esclusione a fronte di sospetto collegamento ovvero controllo tra gli operatori economici concorrenti.

Un'ultima considerazione, di natura propriamente "comunitaria", merita di essere svolta. La sentenza *Assitur* non fa alcuna menzione circa l'applicabilità dell'art. 81 CE alla vicenda *de qua*. Ciò perché l'art. 10 della legge Merloni sembrerebbe riguardare non il comportamento collusivo degli

³³ Corte di Giustizia Europea, sez. IV, 19 maggio 2009, C-538/07, *Assitur*, punti nn. 23-24.

³⁴ Per completezza va però ricordato che la legge Merloni era stata adottata a seguito di numerosi scandali verificatisi nel settore degli appalti pubblici.

³⁵ Come attentamente rilevato (G. NAIMO, *Collegamento e controllo societario: normativa di riferimento, orientamenti giurisprudenziali e conformità della normativa interna alla disciplina comunitaria*, in www.federalismi.it, 2009) la questione posta, relativa all'art. 10, l. 109/94 faceva espresso riferimento alle sole situazioni di controllo, giusta testuale previsione della norma sottoposta allo scrutinio della Corte di Giustizia, mentre il dispositivo fa riferimento anche al collegamento. Ne consegue che il collegamento societario, al pari del controllo, non può costituire una causa automatica di esclusione (*contra* Cons. St. 6 aprile 2009, sez. V, n. 2141). L'A. ritiene altresì che "avendo il Giudice nazionale rappresentato l'avvenuta sostituzione dell'art. 10 con l'art. 34 del Codice, la pronuncia può essere intesa come volta ad interpretare, in via preventiva, anche la norma del Codice medesimo, che menziona tale diversa causa di esclusione. E' infatti di tutta evidenza che l'art. 45 della direttiva 2004/18 non ha in alcun modo innovato la disciplina previgente sul punto della previsione delle clausole di esclusione: pertanto, l'interpretazione fornita dalla Corte in relazione all'art. 29 della Direttiva 92/50 si ataglia perfettamente alla normativa comunitaria sopravvenuta".

offerenti, bensì quelle situazioni in cui due o più società (formalmente distinte, ma che, di fatto, rappresentano un'entità economica unica) partecipino simultaneamente ad una procedura di gara. Insomma, senza la previa dimostrazione dell'esistenza di un accordo³⁶ o di una pratica concordata³⁷, è giocoforza che l'art. 81 CE non possa trovare applicazione.

Inoltre, ciò trova un'ulteriore conferma nel caso *Viho*, nel quale la Corte di Lussemburgo ha avuto modo di affermare che l'art. 81 CE "riguarda unicamente i rapporti tra unità economiche in grado di entrare in concorrenza l'una nei confronti dell'altra con esclusione perciò degli accordi e delle pratiche concordate tra imprese appartenenti ad uno stesso gruppo che costituiscano un'unità economica³⁸". Ne consegue che, ove pure fosse stata dimostrata l'esistenza di un previo accordo tra Poste e SDA, l'art. 81, comunque, non si sarebbe potuto applicare³⁹.

5. L'art. 3, d.l. 25 settembre 2009, n. 135: l'attivazione di un *sub-procedimento istruttorio*. I nodi irrisolti

L'art. 3, comma 2, d.l. 25 settembre 2009, n. 135, cit., oltre ad abrogare la previsione dell'art. 34, ultimo comma, Codice degli appalti (*supra* n. 1), ha altresì inserito nell'art. 38, comma 1, la lettera *m-quater*: secondo tale disposizione "sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere

³⁶ In argomento si permetta di rinviare a G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Cedam, Padova, 2001, p. 538 ss., per cui "la nozione di accordo è molto ampia e privilegia la sostanza rispetto alla forma. E' sufficiente che sia stata manifestata l'intenzione comune di due o più imprese indipendenti a comportarsi in un modo piuttosto che in un altro. Può dunque trattarsi di un accordo sia scritto che verbale e nel primo caso può anche non essere sottoscritto. Né è necessario che l'accordo si traduca in un vero e proprio contratto, giuridicamente valido".

³⁷ Su cui si v. ancora G. TESAURO, *Diritto comunitario*, cit., p. 539 ss. per cui con la nozione in esame si intende far riferimento ad una "qualsiasi forma di comportamento coordinato tra imprese che, senza tradursi in un vero e proprio accordo formale, rappresenti una cooperazione consapevole tra le stesse a danno della concorrenza".

³⁸ Corte di Giustizia Europea, 24 ottobre 1996, C-73/95, *Viho* c. Commissione, in http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/. La società *Viho*, che distribuiva articoli di cancelleria, presentò ricorso alla Commissione contro la *Parker Pen Ltd*, dopo aver inutilmente tentato di avviare relazioni commerciali con questa a condizioni equivalenti a quelle da essa applicate alle società figlie e ai distributori indipendenti; la *Viho* contestava alla convenuta di vietare ai distributori l'esportazione dei suoi prodotti, di suddividere il mercato comune e di mantenere i prezzi nazionali dei prodotti *Parker* artificiosamente elevati. Il Tribunale dovette pronunciarsi sul ricorso presentato dalla *Viho* avverso la decisione della Commissione favorevole alla società *Parker*. La ricorrente sostenne che fosse possibile esentare le intese intra-gruppo dal divieto di intese anticoncorrenziali solo qualora "sussistessero cumulativamente due condizioni: (...) che le imprese interessate costituiscano un'unità economica (...), che tali accordi siano diretti unicamente ad assicurare la ripartizione interna dei compiti fra le imprese", ed affermava che nella fattispecie, "il sistema attuato dalla *Parker* non risponderebbe ad alcuno dei due requisiti che consentirebbero di sfuggire alla sfera di applicazione dell'art. 81 del Trattato". Il Tribunale tuttavia rigettò il ricorso e di seguito anche la Corte di giustizia confermò la sentenza del Tribunale. Per maggiori approfondimenti sul punto e sui profili di diritto commerciale si permetta di rinviare alle acute osservazioni prospettate da F. MUCCIARELLI, *Accordi intragruppo e divieto d'intese anticoncorrenziali*, in *Giur. comm.*, 2007, p. 195 ss.

³⁹ La Corte, peraltro, nella sentenza *Viho*, ha affermato che ove la controllante detenga la totalità del capitale ed eserciti effettivamente la direzione unitaria sul gruppo, orbene "un comportamento unilaterale del genere potrebbe, ove ne ricorrano i presupposti di applicazione, essere riconducibile all'art. 82 del Trattato", ossia essere perseguito come abuso di posizione dominante sul mercato.

affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti: ...m) che si trovino, rispetto ad un altro partecipante alla medesima procedura di affidamento, in una situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, se la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale". Inoltre, nel comma 2 si è previsto in capo ai concorrenti l'obbligo di allegare due dichiarazioni alternative: una relativa all'assenza di una situazione di controllo *ex art. 2359 c.c.* e un'altra che, viceversa, obbliga il ricorrente a dichiarare "di essere in una situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile", precisando tuttavia "di aver formulato autonomamente l'offerta, con indicazione del concorrente con cui sussiste tale situazione". Quest'ultima dichiarazione, inoltre, dovrà essere "corredata dai documenti utili a dimostrare che la situazione di controllo non ha influito sulla formulazione dell'offerta, inseriti in separata busta chiusa". La disposizione infine stabilisce che la "stazione appaltante esclude i concorrenti per i quali accerta che le relative offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale, sulla base di univoci elementi", precisando però che "la verifica e l'eventuale esclusione sono disposte dopo l'apertura delle buste contenenti l'offerta economica".

Il comma 4 dell'art. 3 del decreto-legge n. 135, cit., inoltre, ha modificato l'art. 49, comma 2, lett. e), il quale prevede, in capo al concorrente, l'onere di allegare, oltre all'eventuale attestazione SOA propria e dell'impresa ausiliaria, una dichiarazione sottoscritta dalla medesima impresa ausiliaria con cui essa attesta che non partecipa alla gara in proprio o associata o consorziata *ex art. 34 del Codice degli appalti*.

Dall'esame di queste disposizioni emerge che il legislatore, sulla scorta della giurisprudenza *Assitur*, assegna alle stazioni appaltanti il delicato compito di attivare un apposito *sub*-procedimento allo scopo di verificare, volta per volta e in contraddittorio con le concorrenti, se le offerte presentate possano essere attribuite a un unico centro decisionale⁴⁰.

La possibilità per le imprese di dimostrare l'assenza di reciproci condizionamenti è un principio assolutamente condivisibile in teoria, tuttavia da un punto di vista concreto presenta delle difficoltà oggettive, sia con riguardo ai criteri di individuazione del collegamento, sia in merito al regime probatorio⁴¹. Proprio con riguardo a tale ultimo profilo, è indubbio che al momento non

⁴⁰ Sul punto si v. Cons. St., sez. VI, 25 gennaio 2010, n. 247, in *Urb. app.*, 2010, p. 731 ss., secondo il quale "è illegittimo, per difetto di istruttoria, il provvedimento con il quale si dispone l'esclusione dalla gara di alcune imprese...per l'esistenza di una situazione di collegamento sostanziale tra le imprese stesse, nel caso in cui l'Amministrazione, prima dell'esclusione, non abbia attivato un *sub* procedimento in contraddittorio con le imprese interessate al fine di accertare se le stesse si erano reciprocamente condizionate nella formulazione dell'offerta e risulti in tal modo acclarato che il collegamento, dimostrato a livello strutturale, abbia poi avuto un impatto concreto sul loro rispettivo comportamento nell'ambito della gara, con l'effetto di determinare la presentazione di offerte riconducibili ad un unico centro decisionale".

⁴¹ Sul punto si v. le condivisibili considerazioni M. BRICARELLO, *Collegamento sostanziale: il superamento del divieto assoluto di partecipazione alla gara*, in *Urb. app.*, 2010, p. 740 ss.

sussistono mezzi di prova in grado di dimostrare (né con assoluta certezza, né con ragionevole probabilità) che le offerte presentate non costituiscano la conseguenza di un previo accordo tra le società in rapporto di collegamento.

Un'ultima considerazione merita di essere svolta. Nell'ambito delle procedure di evidenza pubblica opera il principio della "scansione in fasi", in ragione del quale le valutazioni preliminari in merito all'ammissione dei concorrenti devono essere espletate allorché non sia ancora noto il prezzo offerto ed, eventualmente, l'offerta tecnica: ciò al fine di evitare che le prime siano influenzate dall'acquisita contezza dei contenuti delle offerte⁴².

Ebbene, le tempistiche imposte dal legislatore per l'espletamento della verifica *de qua*, ove impongono che l'esclusione venga disposta solo dopo l'apertura delle buste contenenti l'offerta economica collidono apertamente con tali principi. In ossequio alla *par condicio competitorum* sarebbe, allora, opportuno rimeditare su tale opzione, facendo sì che tali valutazioni tornino ad essere espletate quando non è ancora nota la collocazione in graduatoria dei concorrenti, con la piena riaffermazione della separazione della fase di ammissione delle domande e quella di valutazione delle offerte, scongiurando i rischi dell'altrimenti inevitabile promiscuità nell'applicazione di principi e regole contrastanti⁴³.

⁴² Per l'analisi dell'ambito applicativo del principio della scansione in fasi e delle implicazioni scaturenti nei diversi procedimenti di valutazione comparativa concorrenziale, si permetta di rinviare a S. VINTI, *I procedimenti amministrativi di valutazione comparativa concorrenziale. La diversificazione delle regole e la tenuta dei principi*, Cedam, Padova, 2002, p. 124.

⁴³ Cfr. sul punto S. VINTI, *La funzione di controllo sulla qualificazione delle imprese nelle procedure di evidenza pubblica*, in *Trattato dei Contratti* (diretto da P. RESCIGNO ed E. GABRIELLI) e, in part., in *I contratti di appalto pubblico* (a cura di C. FRANCHINI), XIV, Utet, Torino, 2010, p. 576.